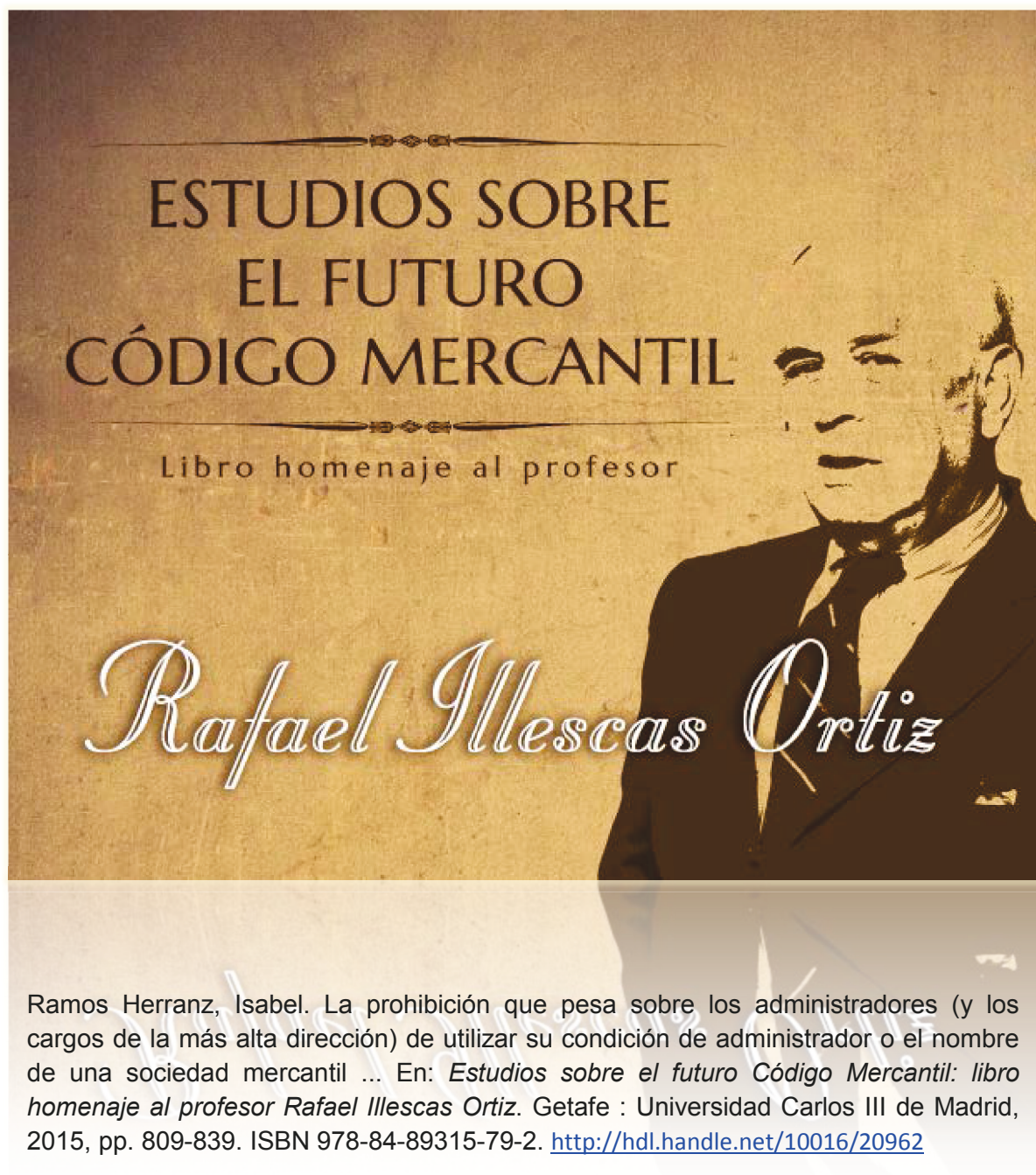




Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Ramos Herranz, Isabel. La prohibición que pesa sobre los administradores (y los cargos de la más alta dirección) de utilizar su condición de administrador o el nombre de una sociedad mercantil ... En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 809-839. ISBN 978-84-89315-79-2. <http://hdl.handle.net/10016/20962>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA PROHIBICIÓN QUE PESA SOBRE LOS ADMINISTRADORES (Y LOS CARGOS DE LA MÁS ALTA DIRECCIÓN) DE UTILIZAR SU CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR O EL NOMBRE DE UNA SOCIEDAD MERCANTIL PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES PRIVADAS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL [ART 215-11.1 b)]

DRA. ISABEL RAMOS HERRANZ*

Resumen

Los administradores (de Derecho y de hecho) y los cargos de la más alta dirección de las sociedades mercantiles en aplicación del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil tendrán prohibido utilizar su condición de administrador o el nombre de la sociedad para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas (es decir, autocontratar). Esta prohibición alcanza a supuestos realizados a través de personas vinculadas con ellos (autocontratación indirecta). Se trata de una prohibición relativa, ya que es susceptible de autorización. Ante el incumplimiento de esta prohibición, ubicada dentro de los deberes de lealtad, responderán del daño emergente y del lucro cesante y podrán ser también responsables del enriquecimiento injusto fruto de tal incumplimiento. Las acciones (sociales o individuales) de responsabilidad son compatibles con las que pretendan obtener la ineficacia del negocio jurídico en que consiste la autocontratación.

Contenido

1. Consideraciones introductorias. – 2. La estructura del Anteproyecto de Código Mercantil en la disciplina de la prohibición de autocontratación de los administradores y la de la Ley de Sociedades de Capital antes y después de su modificación por la Ley 31/2014, de 4 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. – 3. Las normas del *corporate governance* y la imposición de un número elevado de obligaciones a los administradores. – 3.1. La evolución del *corporate governance*. – 3.2. Las relevantes modificaciones de la Ley de Transparencia en los deberes de los administradores de las sociedades de capital. – 4. Delimitación del contenido de la prohibición que pesa sobre los administradores de alegación del nombre de la sociedad o de la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas. – 4.1. Introducción. – 4.2. La conducta prohibida (prohibición relativa): el autocontrato. – 5. Personas vinculadas con el administrador. – 6. Autorización al administrador para autocontratar. – 6.1. Órgano

* Profesora Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid.

competente para autorizar. Ratificación. Obligación del administrador de abstenerse de participar en las decisiones sobre el autocontrato. – 6.2. Contenido de la comunicación y de la autorización. – 6.3. Autorización general al administrador para autocontratar. – 7. La posible atribución en los estatutos fundacionales de la facultad de autocontratación al administrador [autorizando *ab initio* la actuación prohibida en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil] . – 8. Las consecuencias del incumplimiento de este deber de los administradores. – 8.1. Incumplimiento. Compatibilidad de la ineficacia del negocio jurídico y el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el administrador infractor. – 8.2 Ineficacia del negocio jurídico realizado por el administrador. – 8.3 Acciones civiles de responsabilidad contra el órgano de administración y contra las personas que tengan funciones de la más alta dirección. – 9. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1-Supone una gran satisfacción realizar este capítulo en homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz, mi maestro. Los que lo conocemos, sabemos que es un magnífico maestro y jefe, además de un excelente y brillante Profesor, abogado, arbitro, director de publicaciones, investigador y representante de los intereses españoles en organizaciones internacionales como Naciones Unidas.

2-El Anteproyecto de Código Mercantil, de mayo de 2014, ha sido el resultado de la alteración, a veces acertada y en otras ocasiones no, de la Propuesta de Código Mercantil de 2013. Esta última fruto del trabajo de bastantes años de la Comisión General de Codificación, con la participación activa del homenajeado como vocal permanente de la citada comisión.

No puedo dejar de aludir a los supuestos problemas encontrados en la Propuesta de Código Mercantil por sectores o personas interesadas en ello (me refiero en encontrarlos). Desde luego que no hay nada perfecto y todo es mejorable, con una correcta crítica constructiva. La adecuada posibilidad otorgada a distintos sectores de manifestar sus opiniones sobre la Propuesta de Código Mercantil se ha plasmado en el texto del Anteproyecto de Código Mercantil de 2014. Queda todavía por recorrer el camino de las Cortes Generales.

3-En este capítulo me ocupo del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Ley Código Mercantil, que aborda la prohibición que recae sobre los administradores de las sociedades mercantiles de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

2. LA ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL EN LA DISCIPLINA DE LA PROHIBICIÓN DE AUTOCONTRATACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES Y LA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL ANTES Y DESPUÉS DE SU MODIFICACIÓN POR LA LEY 31/2014, DE 4 DE DICIEMBRE POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El Anteproyecto de Código Mercantil disciplina de forma separada y en lugar diferente la prohibición de autocontratación consagrada en el art. 227 de la versión no modificada de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio¹. El art. 227 de la LSC establecía que los administradores de las sociedades de capital (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones) no podían utilizar su nombre ni el de la sociedad para realizar operaciones por cuenta propia ni estaban habilitados tampoco para hacerlo mediante terceras personas vinculadas con ellos.

Ahora el legislador ha optado, vía Anteproyecto de Código Mercantil, primero, por disciplinar los deberes de los administradores para todas las sociedades mercantiles; y lo hace porque sigue el esquema de la malograda Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles de 16 de mayo 2002, elaborada por la Comisión General de Codificación. Segundo, por regular el deber (deberes) de lealtad en el art. 215-9. Y tercero, el art. 215-10 del mismo cuerpo legal incorpora las obligaciones básicas de los administradores derivadas del deber de lealtad; dentro de tales obligaciones se encuentra la de tomar las medidas necesarias para evitar encontrarse en una situación de conflicto de intereses (con el interés social y con sus deberes para con la sociedad)². Y cuarto, pasa en el art. 215-11 a disciplinar el deber de evitar situaciones de conflicto de intereses y las concretas prohibiciones derivadas de tal deber.

Dentro de estas últimas se encuentran la prohibición que analizamos en estas líneas, contenida en el art. 215-11.1 b). Cuyo texto es el que sigue:

Artículo 215-11. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés.

1. En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere el apartado e) del artículo anterior obliga al administrador a abstenerse de:

(...)

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

La ya modificada LSC (a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo³, en adelante, Ley 31/2014) sigue el mismo esquema que el Anteproyecto de Ley de

¹ BOE nº 161, de 3 de julio de 2010.

² SCHMIDT, DOMINIQUE, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, París, Joly, 1999, p. 33, pone de manifiesto que la mejor manera de prevenir los conflictos de intereses con los propios de la sociedad es prohibir determinadas actividades o establecer incompatibilidades que recaigan sobre ciertas personas.

³ BOE nº 293, de 4 de diciembre de 2014.

Código Mercantil al regular los deberes de los administradores y está previsto que la regulación contenida fruto de la modificación pase al texto del futuro Código Mercantil, pero la pregunta es ¿cómo? y ¿dónde?, atendiendo a que la actual LSC modificada disciplina en paralelo al Anteproyecto de Código Mercantil pero para las sociedades de capital, mientras que, como hemos adelantado, el Anteproyecto de Código Mercantil lo hace para todas las sociedades mercantiles.

La LSC modificada por la Ley 31/2014 regula en el actual art. 227 las obligaciones derivadas del deber de lealtad, en el art. 228 las obligaciones básicas que nacen del deber de lealtad, entre las que se encuentra la de evitar situaciones de conflicto de intereses, para especificar en el art. 229 las concretas obligaciones que se derivan del deber de evitar las situaciones de conflicto de intereses, y allí se encuentra, en el art. 229.1 b), la prohibición de que los administradores utilicen su nombre o el de la sociedad para influir de forma indebida en la realización de operaciones privadas.

3. LAS NORMAS DEL *CORPORATE GOVERNANCE* Y LA IMPOSICIÓN DE UN NÚMERO ELEVADO DE OBLIGACIONES A LOS ADMINISTRADORES

3.1. La evolución del corporate governance

Ya antes de la LSC fue modificado el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre⁴ (LSA), mediante la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas⁵ (en adelante, Ley de Transparencia). Tratando con ello de alinear nuestro ordenamiento con los nuevos aires del *corporate governance*⁶, como claramente se extrae de la Exposición de Motivos de la Ley de Transparencia, siguiendo las directrices del Grupo Winter creado en el seno de la Unión Europea (UE)⁷; senda iniciada por el Informe

⁴ BOE nº 310, de 27 de diciembre de 1989.

⁵ BOE nº 171, de 18 de julio de 2003.

⁶ Vid. el análisis del término “*corporate governance*” realizado por SALACUSE, JESWALD W., “Corporate governance, cultura and convergence: corporations American style or with European Touch?”, *European Review of Private Law*, vol. 11, issue 5, octubre, 2003, p. 472. Vid. también PROCTOR, GILES y MILES, LILIAN, *Corporate governance*, Londres, Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 3.

⁷ Vid. sobre el Grupo Winter GARRIDO GARCÍA, JOSÉ, “El buen gobierno de las sociedades cotizadas: una perspectiva europea”, *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, nº 1, Sección Estudios, julio-diciembre, 2007 (formato electrónico, base de datos Portal de Revistas La Ley).

Vid. acerca de la evolución del Derecho de Sociedades en Europa BAUMS, THEODOR, “El desarrollo del Derecho de Sociedades en Europa: desde la armonización centralizada hasta la *European Model Company Act (EMCA)*”, en AA.VV., *La modernización del Derecho de Sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*, Tomo I, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, p. 23-36.

Cadbury británico de 1992⁸ (y *Greenbury*, 1995, y *Hampel*, 1998⁹); y siguiendo la estela de la estadounidense *Sarbanes-Oxley Act* of 2002¹⁰, *An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws and for others proposes*¹¹.

La UE continúa con el deseo de mejorar el gobierno corporativo¹² y prueba de ello es la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas¹³. En la misma se pone de manifiesto como un gobierno corporativo eficaz conllevará que las empresas bien gestionadas, probablemente, sean más competitivas y sostenibles (a largo plazo) y que la crisis financiera ha mostrado algunas de las deficiencias significativas del gobierno corporativo, que pretende paliar con el Plan de acción, mejorando el control de la actuación de los administradores, p.e mediante la supervisión por los accionistas de las operaciones vinculadas (considerándose como tales las transacciones entre la sociedad y los administradores o las llevadas a cabo con los accionistas de control). Esta última medida se refleja en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas y la Directiva 2013/34/UE en lo que respecta a determinados elementos de la declaración sobre gobernanza empresarial, de 9 de abril de 2014¹⁴.

En España el camino más importante comienza con el Informe Olivencia de 1998 (Informe de la Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades) y continúa con el Informe Aldama de 2003 (Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y la Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas)¹⁵, el Código Unificado de

⁸ Vid. respecto del Informe Cadbury CALDER, ALAN, *Corporate Governance. A Practical Guide to the Legal Frameworks and International Code of Practice*, London and Philadelphia, 2008, p. 11 y ss. y MALLIN, CHRISTINE A., *Handbook on International Corporate Governance. Country Analyses*, 2ª ed., 2011, Edward Elgar Publishing, p. 4.

⁹ Vid. sobre los mismos y los códigos posteriores MALLIN, C. A., *Handbook on International Corporate...*, op. cit., p. 4-8.

¹⁰ Aprobada el 23 de enero de dicho año.

¹¹ Vid. HEEREN, KAI-ALEXANDER y RIECKERS, OLIVER, "Legislative response in times of financial crisis-New deal securities legislation, Sarbanes-Oxley Act and their impact on future german and EU regulation", *European Review of Private Law*, vol. 11, issue 5, octubre, 2003, p. 625-628. Vid. también LAVELLE, LOUIS; GROVER, RONALD y BORRUS, AMY, "Governance: Backlash in the executive suite: many say reform is going too far-as activist dig in", *Business Week*, 14 de junio, 2004, issue 3887, p. 36, que alude a lo problemas económicos derivados de la Sarbanes-Oxley Act of 2006, en concreto, a que es demasiado cara.

¹² Vid. el estudio realizado por la Comisión Europea (DG Mark) y la London School of Economics sobre la obligaciones y la responsabilidad de los administradores a lo largo de los Estados miembros de la UE: *Study of directors, duties and liability*, Londres, abril, 2013.

¹³ COM (2012) 740 final.

¹⁴ COM (2014) 213 final.

¹⁵ Vid. sobre la evolución en España, hasta el año 2005, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, JOSÉ CARLOS y DORREGO DE CARLOS, ALBERTO, "El sistema español de gobierno corporativo", *Diario La Ley*, nº 1, sección Temas de Hoy, segundo trimestre de 2005, p. 1-4 (del formato electrónico, bases de datos Portal de Revistas La Ley).

Buen Gobierno (versión de 2006, conocido como Código Conthe; y versión de 2013) y el Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas realizado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 14 de octubre de 2013; pasos dados en el campo del *soft law*.

3.2. Las relevantes modificaciones de la Ley de Transparencia en los deberes de los administradores de las sociedades de capital

Una de las finalidades de la Ley de Transparencia era fomentar precisamente la transparencia en la gestión de las empresas¹⁶. Por ello la norma precitada cambio el panorama de los deberes de los administradores, extendiéndolos ampliamente, para todas las sociedades anónimas (cotizadas o no)¹⁷. Introduciendo un art. 127 *bis* en la LSA, relativo a los deberes de fidelidad de los administradores, que consisten en que en el cumplimiento de sus deberes velen por el interés social (de la sociedad y de los socios)¹⁸, entendiendo claro está que tal interés primará frente al propio. Como consecuencia de la misma reforma se crea el art. 127 *ter* en la LSA, que regula los deberes de lealtad¹⁹, estableciendo como primero de ellos el que es objeto de este trabajo: la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador en operaciones por cuenta propia o realizadas por personas vinculadas con el administrador²⁰.

El Informe Aldama²¹ señala que no bastaba con la autorregulación para disciplinar los deberes de los administradores, se requería intervención legislativa. Alude a que ya el Informe Olivencia llamó la atención sobre la importancia de los deberes de lealtad de los administradores para garantizar una adecuada transparencia. Destacando que la seguridad en los mercados exige no solamente que los inversores tengan confianza en que el valor producido por la empresa se distribuye correctamente

¹⁶ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. y DORREGO DE CARLOS, A., “El sistema español...”, op. cit., p. 7 (del formato electrónico), critican la regulación de la Ley de Transparencia, al precisar que existe falta de rigor y precisión al definir los distintos tipos de deberes de los administradores y que la extensión a todo tipo de sociedad anónima no es adecuado.

PAZ-ARES, CÁNDIDO, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, working paper nº 162, octubre, 2003, p. 3, establece que uno de los elementos relevantes del gobierno corporativo es la instauración de un sistema de responsabilidad de los administradores efectivo, junto con una adecuada definición de sus deberes fiduciarios. En el mismo sentido se pronuncia el autor en *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Madrid, Centro de Estudios, del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, p. 12.

¹⁷ MARTÍ MARTÍ, JOAQUIM, “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario”, *Diario La Ley*, nº 6183, sección doctrina, 4 de febrero de 2005, p. 1 (del formato electrónico, base de datos Portal de Revista La Ley), destaca que es curioso que la reforma de los deberes de los administradores para todas las sociedades anónimas se realice mediante una norma titulada “sociedades anónimas cotizadas”.

¹⁸ Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS, *Derecho de Sociedades*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2010 (epígrafe VII.II del formato electrónico, bases de datos Tirant on Line).

¹⁹ Vid. sobre el deber de lealtad (el autor alude indistintamente al deber de fidelidad o lealtad) PORTELLANO DÍEZ, PEDRO, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, Civitas (Estudios de Derecho Mercantil), 1996, p. 22-25.

²⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, op. cit., epígrafe VII.II del formato electrónico, base de datos Tirant on Line, critica la norma por considerar que la calidad técnica de la definición es mejorable.

²¹ Epígrafe III.

sino que también es de suma relevancia que los administradores y los accionistas de control no obtengan beneficios excesivos de su trabajo y participación en el capital, y el tratamiento más conveniente está en la regulación del conflicto de intereses.

3-La doctrina ha considerado que el art. 127 *ter* de la LSA concretaba el deber de diligente administración consagrado en el art. 127.1 de la LSA, particularmente el deber de operar como un administrador leal²².

4. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN QUE PESA SOBRE LOS ADMINISTRADORES DE ALEGACIÓN DEL NOMBRE DE LA SOCIEDAD O DE LA CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR PARA INFLUIR INDEBIDAMENTE EN LA REALIZACIÓN DE OPERACIONES PRIVADAS

4.1. Introducción

El art. 215.11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil establece que el administrador no podrá alegar el nombre de la sociedad ni su condición de administrador para influir indebidamente en operaciones privadas. Hemos de entender, además, que esta prohibición se extiende a operaciones que realicen personas vinculadas con él y, atendiendo al art. 215-21 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, se ensancha el campo de los afectados por los deberes y la responsabilidad ante su incumplimiento, alcanzando a las personas que tengan un cargo de la más alta dirección (con independencia de la denominación utilizada para el cargo) siempre y cuando, habiendo consejo de administración, no se hayan delegado permanentemente funciones a favor de uno o varios consejeros delegados. Y se trata de una disposición normativa que se aplica a todas las sociedades mercantiles.

Realmente nos encontramos tanto ante una prohibición de incumplimiento de un deber de lealtad que pesa sobre el administrador como ante una vía para evitar un supuesto de conflicto de intereses entre los de la sociedad y los del administrador²³. El administrador ha de primar el interés social (el de la sociedad y los socios) frente al propio porque de este modo ejercerá adecuadamente su cargo. En tal sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, de 3 de septiembre de 2009²⁴, fundamento jurídico tercero²⁵ y el Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, que tiene un criterio particular respecto del concepto de interés social²⁶.

²² FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, 2004.

²³ Vid. en este sentido también RIBAS FERRER, VICENÇ, “Art. 227. Prohibición de utilizar el nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador”, en ROJO, ÁNGEL Y BELTRÁN, EMILIO, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, t. II, Civitas Thomson Reuters, 2011, p. 1627.

²⁴ N° de sentencia 284/2009.

Vid. también SAP de Cáceres (Sección 1ª) de 29 de abril de 2010 (sent. n° 175/2010).

²⁵ Resolviendo sobre la aplicación del precedente normativo del art. 227 LSC, el art. 127 *ter* de la LSA, alude a que se regula una situación de conflicto de intereses en la que el administrador debe anteponer el interés social al suyo propio.

²⁶ Que es la que sigue:

“A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación

El administrador, en el ejercicio de su cargo (desarrollando funciones de gestión y representación de la sociedad) tiene conocimiento de información relevante que no puede utilizar en beneficio propio precisamente para velar por el interés social. En muchos casos incluso el administrador cuenta con una información que no tienen ni la sociedad ni los socios.

El Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas realizado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, de 2013, acertadamente, ubica expresamente este deber dentro del relativo a evitar conflictos de intereses (propuesta de nuevo art. 229 de la LSC) y así ha pasado a la LSC modificada por la Ley 31/2014 (arts. 227 y ss del texto actual de la LSC)²⁷; también lo hace el Anteproyecto de Código Mercantil, como sabemos, en el art. 215-11.1 b) [en relación con el art. 215-10 e)]²⁸; anteproyecto que tiene en cuenta precisamente las recomendaciones dadas por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo. El mismo enfoque (disciplina dentro del conflicto de intereses sociedad-administrador) se da en el Derecho británico, en la Sección 177 de la *Companies Act* 2006; se impone el deber de comunicar una situación de conflicto de intereses²⁹ cuando los administradores pretenden realizar negocios con la sociedad; se enmarca dentro de los deberes fiduciarios³⁰ de los administradores³¹.

contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación.”

Y matiza del siguiente modo:

“Nada de esto significa que los intereses de los accionistas hayan de perseguirse a cualquier precio, sin tener en cuenta los de otros grupos implicados en la empresa y los de la propia comunidad en que se ubica. El interés de los accionistas proporciona una guía de actuación que habrá de desarrollarse respetando las exigencias impuestas por el Derecho (por ejemplo, en normas fiscales o medio-ambientales); cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes; y, en general, observando aquellos principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios.”

Vid. ESTEBAN VELASCO, GAUDENCIO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Madrid, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1982, p. 582-594, que analiza el interés social como pauta para tomar las decisiones dentro los órganos sociales y como pauta de conducta de sus miembros, y analiza las diversas teorías en torno al concepto de interés social. Vid. sobre el interés social (en la impugnación de los acuerdos sociales de la junta) RAMOS HERRANZ, ISABEL, “El reglamento de la junta general en las sociedades anónimas cotizadas”, *RDM*, nº 255, enero-marzo, 2005, p. 214.

²⁷ Para las sociedades de capital: las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada y sociedades comanditarias por acciones.

²⁸ En este caso para todas las sociedades mercantiles.

²⁹ BIRDS, JOHN; BOYLE, A. J.; CLARK, BRYAN; MACNEIL, IAIN; McCORMACK, GERAD; TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN y VILLIERS, CHARLOTTE, *Boyle & Birds, Company Law*, 6ª ed., Bristol, Jordans, 2007, en las p. 635-636, analizan el concepto “interés” en el Derecho británico.

³⁰ Vid. sobre los deberes fiduciarios MAKOVSKI, ROBERT, “How loyal do I have to be? Fiduciary duties of companies, directors in English Law”, *Common Law Review*, vol. 8, issue 9, primavera, 2008, p. 17-18. Vid. BIRDS, J.; BOYLE, A. J.; CLARK, B.; MACNEIL, I.; McCORMACK, G.; TWIGG-FLESNER, C. y VILLIERS, C., *Boyle & Birds, Company Law*, op. cit., p. 606-609.

4.2. La conducta prohibida (prohibición relativa): el autocontrato

A la hora de determinar qué es lo que está regulando exactamente el art 215.11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil hemos de seguir la interpretación de la postura doctrinal que ha primado al estudiar el antiguo art. 227 de la LSC (antes de la modificación llevada a cabo través de la Ley 31/2014). De acuerdo con dicha doctrina, se sostiene que disciplina la autocontratación³¹ entre el administrador (actuando por cuenta propia) y la sociedad (en este último caso realizando sus funciones de

³¹ Y hay que destacar que en el Derecho británico dichos deberes se disciplinan en una norma de Derecho Positivo por primera vez a través de la *Companies Act 2006*.

Antes los administradores se sometían al sistema del *common law* y de los *statutory duties*. Vía que, como ha manifestado la doctrina, era difícil en su interpretación y a la vez conflictiva. Vid. ATTENBOROUGH, DANIEL, "The Company Law Reform Bill: an analysis of directors, duties and the objective of the company", *The Company Lawyer*, vol. 27, nº 5, p. 162, nota 3; de modo que la nueva regulación (codificación) en la *Companies Act 2003* supone una claridad necesitada, teniendo en cuenta que la ignorancia del Derecho aplicable había llevado a los administradores a reiterados incumplimientos (vid. págs. 163 y 166 de la misma obra).

Vid. también FRENCH, DEREK; MAYSON, STEPHEN y CRISTOPHER, RYAN, *Company Law*, Oxford, Oxford Press, edición 2010-2011, p. 471; SEALY, LEN y WORTHINTONG, SARAH, *Sealy & Worthington's Cases and Materials in Company Law*, 10ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 309; ASHRAF, TAHIR, "Directors' duties with a particular focus on the Companies Act 2006", *International Journal of Law and Management*, vol. 54, issue 2, p. 126; MAKOVSKI, R., "How Loyal Do I Have to Be?...", p., op. cit., p. 18 y THE DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (de Reino Unido), *Company Law Reform*, marzo de 2005, p. 20.

³² Vid. SEOANE DE LA PARRA, MIGUEL, "La autocontratación en materia de sociedades", <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/3/Cuestiones-Derecho-Mercantil/LA-AUTOCONTRATACION-EN-MATERIA-DE-SOCIEDADES.aspx> (página visitada el 01-05-2014); establece que "La autocontratación, en un sentido estricto, existe cuando una persona interviene en nombre propio y además, en nombre y representación de la sociedad a la que representa; ejemplo: el administrador de una sociedad que compra un inmueble de la misma y en la escritura de compraventa interviene en su propio nombre -como comprador- y en nombre y representación de la sociedad -vendedora-, como administrador de la misma".

Vid. también PÉREZ RAMOS, CARLOS, "El autocontrato en las sociedades mercantiles", *Actum Mercantil & Contable*, nº 19, abril-julio, 2012 (en formato electrónico en <http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/el-autocontrato-en-las-sociedades-mercantiles>; acceso realizado el 7 de mayo de 2014). El autor estima que, en un sentido descriptivo, existe autocontrato o contrato consigo mismo si en un negocio jurídico una de las partes es representada por una persona que al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como contraparte (autocontrato); o bien cuando ambas partes contratantes son representadas por la misma persona (doble representación); o en el caso de un contrato plurilateral la representación de varias partes se lleva a cabo por una misma persona (múltiple representación). Aportando ejemplos:

"Vamos a verlo en unos ejemplos. Habrá autocontrato en sentido estricto cuando un administrador único interviene en una escritura de compraventa como vendedor y al mismo tiempo interviene en su propio nombre y derecho como comprador.

"En cambio, se dará la doble representación cuando en una escritura de compraventa intervenga una misma persona como administrador único de la parte vendedora y como administrador único o apoderado de la parte compradora. Por último la múltiple representación se dará por ejemplo, en un contrato constitución de una sociedad limitada cuando una misma persona interviene en su propio nombre y derecho y representación de los demás socios."

Siguiendo con el contenido del término autocontratación, vid. ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS, "Eficacia e ineficacia del autocontrato", *ADC*, nº LXVI-III, julio, 2013, p. 1, que señala que "En una primera aproximación, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, podríamos decir que se producirá una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona con su sola voluntad pueda vincular a dos o más patrimonios o centros de intereses diversos, que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión, de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro".

representación), de un lado, o supuestos de contratación entre la sociedad y terceros, estando estos terceros vinculados con el administrador³³, de otro.

El administrador no puede, salvo que sea autorizado (al tratarse de una prohibición relativa), contratar con la sociedad actuando por cuenta propia. Y tampoco podrá hacerlo a través de terceras personas. Y se prohíbe porque estaría utilizando su posición para obtener un beneficio personal, al margen del interés social³⁴. Ya el Informe Olivencia³⁵, al estudiar los deberes de lealtad de los consejeros, establecía que una regla básica para el correcto tratamiento del conflicto de intereses es que se limiten y establezcan cautelas especiales ante transacciones profesionales o comerciales, directas o indirectas, entre el consejero y la sociedad, atendiendo a que pueden ser operaciones peligrosas para el interés social.

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas³⁶ llama la atención sobre la necesidad de mejorar la supervisión por los accionistas de las transacciones vinculadas. Entiende la Comisión que tienen lugar transacciones vinculadas cuando la sociedad contrata con sus administradores o con sus accionistas de control; en estos casos estima que pueden causarse perjuicios a la sociedad y a sus accionistas minoritarios, al ofrecer a partes vinculadas la posibilidad de apropiarse de valores que pertenecen a la empresa; por lo que las salvaguardias adecuadas son esenciales para proteger los intereses de los accionistas. No bastando con las normas al respecto de la UE, que exigen a las sociedades que incluyan en sus cuentas anuales una nota sobre las transacciones entabladas con partes vinculadas, señalando el importe y la naturaleza del negocio (junto con otros datos); la Declaración del Foro Europeo de Gobierno Corporativo sobre transacciones con partes vinculadas para las sociedades cotizadas, de 10 de marzo de 2011³⁷, propuso que las transacciones de este tipo que superen un umbral fijado se evalúen por un asesor independiente y las operaciones más importantes de tal naturaleza se aprueben por los accionistas.

Todo ello lleva a la Comisión a proponer en la precitada comunicación que se refuerce el control de los accionistas sobre las transacciones con partes vinculadas,

³³ RIBAS FERRER, V., “Art. 227. Prohibición de utilizar..., op. cit., p. 1627; PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato..., op. cit.

³⁴ HERRANDO DEPRIT, MIRIAM, “Sobre el autocontrato. Criterios de la DGRN”, *El Notario del siglo XXI*, <http://www.elnotario.es/index.php/137-hemeroteca/revistas/revista-2/3306-sobre-el-autocontrato-criterios-de-la-dgrn-0-8537408642971337> (visita realizada el 9 de mayo de 2014), precisa que “*En principio, en la jurisprudencia, hoy en día, no hay razones para negar la posibilidad de que una persona represente a las dos partes de un mismo negocio jurídico, como forma lícita y simplificadora del propio negocio jurídico. Por tanto, y desde una perspectiva de derecho privado (recuérdese el artículo 1.255 del código civil), la figura del autocontrato debería estar permitida.*

Sin embargo, la admisión de la autocontratación es excepcional, y ello es así, no por razones conceptuales (como ha puesto de relieve la Resolución de 21 de mayo de 1993), sino por razones de estricta justicia, es decir, para evitar perjuicios a los intereses del representado, cuando el representante tiene que defender intereses contrapuestos.”

³⁵ Epígrafe 8.2. Conflictos de intereses.

³⁶ P. 10 y 11

³⁷

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions_en.pdf.

abogando por una iniciativa de la UE, y planteando como vía posible una modificación de la Directiva 2007/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas³⁸. Y así ha sido, como se refleja en la Propuesta de Directiva de modificación de la precitada Directiva, de 9 de abril de 2014, que incorpora un nuevo art. 9 *quater*, e impondrá que las sociedades cotizadas sometan a la aprobación de los accionistas las transacciones con partes vinculadas que supongan más de un 5 por ciento de sus activos o puedan implicar un impacto significativo en los beneficios o el volumen de negocios, de modo que no se permita la celebración sin su aprobación³⁹.

Alcanza a supuestos en los que el administrador es el que directamente representa a la sociedad en el contrato que realiza entre esta y él (y en tal caso se entendería que “utiliza el nombre de la sociedad”), o cuando se den operaciones indirectas⁴⁰, en las que el administrador contrata con la sociedad pero no actúa como representante de la misma sino que el contrato se lleva a cabo con otro administrador o con un representante de la sociedad de otro tipo (un apoderado), bien porque el administrador beneficiado carezca de poder de representación o porque no actúa como administrador representando a la sociedad en esa operación (estaría “alegando la condición de administrador”, ilícitamente para obtener un beneficio personal, influyendo en los otros administradores o en otro tipo de representantes de la sociedad)⁴¹.

³⁸ DOUE L 184, de 14 de julio de 2007.

³⁹ Estableciendo también que las sociedades cotizadas habrán anunciar públicamente, particularmente en el momento de su celebración, las transacciones con partes vinculadas que posean menor envergadura pero que representen más del 1 por ciento de sus activos. Y tendrán que presentar a la vez un informe de un tercero independiente en el que se produzca un análisis acerca de si la transacción tiene lugar en condiciones de mercado y que confirme que se trata de una transacción justa y razonable analizándolo desde el punto de vista de los accionistas.

⁴⁰ RIBAS FERRER, V., “Art. 227. Prohibición de utilizar...”, op. cit., p. 1628.

⁴¹ Se pronuncia en contra PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit., que estima que el supuesto típico de autocontrato se da cuando el órgano de administración contrata con la sociedad actuando en nombre propio y representando a la vez a la misma. De modo que cuando el administrador contrata en nombre propio con la sociedad pero lo hace a través de otro administrador con poder suficiente no se produce un supuesto de autocontrato ilícito, porque no hay conflicto de intereses, pues desaparecería el riesgo de parcialidad y lesión; y siguiendo este argumento entiende que no se precisa autorización para celebrar un contrato entre un administrador solidario que actúa en nombre propio con otro administrador solidario que represente a la sociedad; del mismo modo que no se requiere autorización para la contratación en los casos en los que se necesita la firma de dos de los tres administradores mancomunados si uno de ellos interviene en nombre propio y los otros dos mancomunados en nombre de la sociedad; en el caso concreto del consejo de administración, si este, lógicamente representando a la sociedad, contrata con uno de los consejeros (que actúa en nombre propio) estaríamos ante un negocio admisible, requiriendo, a juicio del autor, que en la votación sobre dicho negocio se suspenda el derecho de voto del consejero que actúa en nombre propio al estar en una situación de conflicto de intereses (aplicando analógicamente el antiguo art. 52 de la LSRL, actual art. 190 LSC).

El mismo autor trata separadamente los casos en los que estamos ante un representante voluntario y no un representante orgánico. En los supuestos en los que el representante voluntario representando a la sociedad contrata con el administrador actúa en nombre propio, entiende que, en principio, no hay dos voluntades distintas pero que, siguiendo a ÁVILA NAVARRO (en “La sociedad limitada”, Tomo I. Constitución. Estatutos. Aportaciones. Participaciones. Junta General. Administración, Bosch; obra citada por el autor) y las RRDGRN de 21-05-92 y de 02-12-98, hay que diferenciar entre:

-Los casos en los el poder del representante voluntario depende en origen del administrador que actúa en nombre propio (es decir, el administrador lo nombró), mantenimiento (podría revocar el poder

El legislador, al disciplinarlo en un artículo diferente y específico, quiere diferenciar este supuesto [el del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil] de la prohibición de aprovechar oportunidades de negocio [regulada en el art. 215-11.1 d) del Anteproyecto de Código Mercantil]⁴².

5. PERSONAS VINCULADAS CON EL ADMINISTRADOR

El equivalente al antiguo art. 127 de la LSC, el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, no alude de forma expresa a que la prohibición de autocontratar se extiende a personas vinculadas con el administrador beneficiado por la operación, sin embargo, no podía omitirlo y acertadamente lo incluye para todas las obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de intereses en el art. 215-11.2 del Anteproyecto de Código Mercantil.

La prohibición de la realización de operaciones con la sociedad a través de personas vinculadas con los administradores tiene su razón de ser en que también se daría autocontratación⁴³; se trata de una medida de cautela para evitar la autocontratación indirecta.

Así, se consideran personas vinculadas con los administradores las señaladas en el art. 215-13 del Anteproyecto de Código Mercantil, y estamos ante una lista cerrada⁴⁴. Son en concreto, diferenciando entre los administradores personas físicas y los administradores personas jurídicas, las siguientes:

a) Si el administrador es una persona física serán consideradas personas vinculadas:

-El cónyuge del administrador⁴⁵. Al igual que personas unidas por análoga relación de afectividad, y entendemos que alude con ello a las parejas de hecho y

cuando quiera) o en su ejercicio (el apoderado debe atenerse a las instrucciones del antedicho administrador): existe un relación de subordinación debido a que el administrador que actúa en nombre propio y que nombró al representante voluntario puede controlar el negocio. Entendiéndose que sería un supuesto asimilable al autocontrato. Se daría la mencionada situación de dependencia cuando el representante voluntario contrata con el consejero delegado, el administrador único o uno de los administradores solidarios.

-Y aquellos en los que el poder del representante voluntario que contrata con el administrador no se somete a la dependencia señalada en el párrafo precedente (contratación entre el representante voluntario y un miembro del consejo de administración; entre el representante voluntario y uno de los administradores mancomunados): no se sometería el contrato al régimen de prohibición inicial del autocontrato.

⁴² Vid. en este sentido también RIBAS FERRER, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1629.

⁴³ Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p. 1009-1010.

⁴⁴ En este sentido, DÍAZ ECHEGARAY, JOSÉ LUIS, *Deberes y responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 183, que añade, a nuestro entender erróneamente, que lo más adecuado hubiera sido seguir el Proyecto remitido por el Gobierno, es decir, no incorporar esta norma, de modo que fueran los operadores jurídicos, los jueces en último lugar, quienes determinarían las personas que tienen que considerarse vinculadas (con el administrador).

⁴⁵ PÉREZ RAMOS, C., "El autocontrato...", op. cit., de forma desacertada, entiende que en los casos en los que se adquiere indirectamente no habría autocontrato. Aludiendo a una SAP de Cádiz de 28 de julio de 2005, en la que un administrador único vendió en nombre de la sociedad un bien a su esposa para su sociedad de gananciales; estima que no habría autocontrato en sentido estricto pero que se podría atacar el

también a las parejas que conviven en el mismo domicilio sin haber contraído matrimonio. En el caso resuelto en la STS de 19 de febrero de 2001⁴⁶ se produjo una venta a la actora de parcelas de dos urbanizaciones que eran propiedad de la sociedad Urbanizaciones V., S.A., y los contratos fueron concluidos por el esposo de la actora, que actuó en nombre y por cuenta de la mencionada sociedad; el TS estima que ya se ha pronunciado sobre un supuesto sustancialmente idéntico en STS de 7 de octubre de 1987, entendiendo que estas situaciones van en contra de la prohibición del art. 1459 del C.c y tal criterio ha de mantenerse porque en caso contrario se iría en contra de la finalidad de tal prohibición, que no es otra que evitar que el patrimonio encargado de vender pueda enriquecerse en perjuicio del mandante; reconociendo que quien compra es persona distinta pero la adquisición se lleva a cabo para la sociedad de gananciales de ambos y si no se sancionara se permitiría un fraude de ley, dando eficacia jurídica a la compra de la esposa basándose en que su personalidad es diferente de la de su esposo⁴⁷.

-Los ascendientes, descendientes y hermanos del administrador al igual que los del cónyuge del administrador. Entendemos que esta prohibición habría de extenderse a los ascendientes, descendientes y hermanos de la persona unida por similar relación de afectividad con el administrador que el cónyuge.

-El legislador hila fino, ya que extiende la prohibición a los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador.

-También las sociedades en las que el propio administrador (o a través de persona interpuesta) se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en los arts. 291-3 a 291-5 del Anteproyecto de Código Mercantil. Estas normas disciplinan, primero, a los grupos por coordinación; el art. 291-3 del Anteproyecto de Código Mercantil regula los supuestos en los que entra en juego la presunción legal de control de una sociedad (sociedad dominante) por otra (sociedad dependiente)⁴⁸, cuando concurren algunas de las situaciones que siguen:

- . Que posea la mayoría de los derechos de voto.
- . Que tenga la potestad de nombramiento o destitución de la mayoría de los miembros del órgano de administración.

negocio alegando que existe conflicto de intereses o que estamos ante un caso contemplado en el art. 1459 del C.c, que no permite que el mandatario por sí solo o mediante persona interpuesta compre un bien del mandante. La postura es errónea porque el art. 227 LSC extiende la prohibición a las personas vinculadas con el administrador, incluyendo entre las mismas al cónyuge del administrador.

⁴⁶ Id. Cendoj 28079110012001101470.

⁴⁷ Vid. también STS de 28 de marzo de 2000, id. Cendoj 28079110012000101433, en la que una persona física era socia mayoritaria y administradora única de una sociedad anónima, siendo a su vez socia constituyente, administradora única y titular del 99% de las participaciones en las que estaba dividido el capital social de una sociedad de responsabilidad limitada que tenía el mismo objeto social; dicha persona física celebró un contrato de arrendamiento de estación de servicios entre dos sociedades, actuando a la vez como representante legal de la sociedad arrendadora (la referenciada sociedad anónima) y la sociedad arrendataria (en este caso la sociedad de responsabilidad limitada precitada). El TS confirmó la nulidad del contrato determinada en primera y segunda instancia.

⁴⁸ Aclara el legislador en el propio Anteproyecto de Ley que, a los efectos de este artículo, a los derechos de voto de la entidad dominante se sumarán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependiente o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

. Que pueda disponer, por aplicación de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

. Que haya nombrado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, y que estos desempeñen su cargo en el momento en que tengan que formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Será presumir tal circunstancia si la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada son miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta última.

. Si una sociedad ha incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de esta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo.

. Cuando una sociedad hace constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad que forma parte del grupo.

Segundo, se regulan los grupos por coordinación (art. 291-4 del Anteproyecto de Código Mercantil), estableciendo que la disciplina de los grupos de sociedades en el capítulo I del Título IX del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, siempre que proceda, se aplicará a los grupos por coordinación⁴⁹.

b) Si se trata de administradores personas jurídicas, son personas vinculadas las que figuran seguidamente:

-Los socios que se estén, respecto del administrador persona jurídica, en alguna de las situaciones de subordinación o coordinación contempladas en las disposiciones generales de los grupos de sociedades, a la que hemos aludido en la líneas inmediatamente precedentes en este capítulo.

-Los administradores, de Derecho o de hecho, los liquidadores, y los apoderados con poderes generales del administrador persona jurídica.

-De igual forma, las sociedades que formen parte del mismo grupo y sus socios.

-Y las personas que respecto del representante del administrador persona jurídica tengan la consideración de personas vinculadas a los administradores de acuerdo con los que hemos señalado previamente.

La SAP de Sevilla de 15 de noviembre de 2013⁵⁰ aclara, acertadamente, que en el caso de que se utilicen personas vinculadas con los administradores para incumplir los deberes de los administradores, en concreto el que nos ocupa en este trabajo (la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad o alegar la condición de administrador

⁴⁹ Es decir, a los supuestos en los que dos o más sociedades independientes operen coordinadamente entre ellas bajo un poder unitario y común de dirección.

El art. 291-5 del Anteproyecto de Código Mercantil, al que se refiere también el Anteproyecto al disciplinar las personas vinculadas con el administrador señala que, a los efectos de pertenencia de una sociedad española a un grupo de sociedades, ya se trate de una sociedad dominante o dominada, se aplicará la ley española. Matizando que se van a someter a tales normas del Anteproyecto de Código Mercantil:

-Si la sociedad española es la sociedad dominante: los deberes de información y de consolidación contable.

-La segregación a favor de una o varias filiales extranjeras de activos industriales o comerciales esenciales de la explotación, siéndoles de aplicación las normas sobre modificaciones estructurales.

-Si la sociedad española es la sociedad dominada, la protección de los socios externos y de los terceros.

⁵⁰ N° de sentencia 541/2013.

para llevar a cabo operaciones por cuenta propia o mediante personas vinculadas con él; entendida como la prohibición de autocontratar), podrá accionarse contra el administrador, exigiéndole responsabilidad (frente a la sociedad, los socios o terceros) pero no contra la persona vinculada con él, que podrá incurrir en algún otro tipo de responsabilidad si llevar a cabo un comportamiento irregular, pero no responder como si fuera administrador frente a un tercero en lugar del administrador.

6. AUTORIZACIÓN AL ADMINISTRADOR PARA AUTOCONTRATAR

6.1. Órgano competente para autorizar. Ratificación. Obligación del administrador de abstenerse de participar en las decisiones sobre el autocontrato

Bajo la vigencia del art. 229 de la LSC en su versión anterior a la Ley 31/2014, se diferenciaba entre las distintas formas del órgano de administración para determinar a quién había de comunicar el administrador afectado la operación y quién tenía que autorizar la situación de conflicto de intereses (en nuestro caso el autocontrato). Así, en principio, si se trataba de un administrador único, debía comunicarlo a la junta general y ser autorizado por la misma; si eran varios los administradores y no estaban organizados en consejo de administración, la comunicación había que realizarla a los otros administradores, siendo los habilitados para autorizarlo; si la forma era el consejo de administración, la comunicación debía realizarse al consejo de administración y él era el competente para autorizarlo (absteniéndose el administrador beneficiado o afectado al menos de ejercitar su derecho de voto⁵¹).

El problema radicaba en una RDGRN, la de 29 de julio, de 2013⁵², que erróneamente, y pese a que el art. 229 de la LSC en su versión anterior a la modificación operada por la Ley 31/2014 distribuía las facultades para autorizar, establecía lo siguiente:

Según el primero de los defectos objeto de impugnación, considera el registrador que el poder conferido por el consejo de administración en favor de determinada persona no es inscribible en cuanto queda está facultada aun en caso de autocontrato, conflicto de intereses y múltiple representación, por cuanto el propio órgano de administración carece de esa posibilidad de actuación que sólo puede ser salvada por acuerdo de la junta general. Esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Dirección General. En la Resolución de 18 de julio de 2006 ya se expresó que «según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr., respecto de esta última precisión las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de

⁵¹ Y podía estimarse que también se le privaba de su derecho de asistencia a la reunión específica del consejo de administración que decidiera acerca del autocontrato.

⁵² BOE nº 180, de 29 de julio de 2013.

1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –actual artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital–; y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas –vid. los artículos 227 a 229 de la Ley de Sociedades de Capital–)». Precisamente porque el órgano de administración carece de facultades para autocontratar sin estar facultado por la junta general de la sociedad –cfr., por ejemplo, los artículos 162 y 220 de la Ley de Sociedades de Capital– no puede atribuir tales facultades al apoderado voluntario (vid., recientemente, la Resolución de 13 de febrero de 2012).

El inconveniente de la presente RDGRN no era otro que extender el requisito de la autorización del autocontrato por la junta general cuando la sociedad de capital tenía un administrador único a las sociedades de capital con otras modalidades de órgano de administración. Tratándose de un administrador único tiene sentido porque no existen otros administradores y, en consecuencia, si es el propio administrador único quien autoriza habrá parcialidad; no así cuando haya varios administradores, en cuyo caso podrá el órgano de administración (ya sea el consejo de administración –prohibiendo al administrador afectado/beneficiado votar en la reunión en la que se acuerde sobre el autocontrato– o los otros administradores) autorizar al administrador afectado para autocontratar⁵³.

El art. 229 del Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo, dedicado a la obligación del administrador de evitar las situaciones de conflicto de intereses, en su párr. 3º, no se centra en la junta general, aludiendo a los otros administradores o al consejo de administración a la hora de señalar a quién hay que comunicar (y aunque no lo diga expresamente quién ha de autorizar) la situación de conflicto de intereses.

El Anteproyecto de Código Mercantil sigue el art. 229, párr. 3º del Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo y señala en su art. 215-11.3, al regular el conflicto de intereses, que cada administrador debe comunicarlo a los otros administradores; si hay consejo de

⁵³ Así lo establece también GÓMEZ CLAVERÍA, PABLO “Resolución de 18 de julio de 2006 (BOE de 25 de agosto de 2006”, *La Notaría*, nº 31-32, julio, 2006 y PÉREZ RAMOS, C., “La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 55, 2011, p. 163-164.

En este sentido vid. igualmente RODRÍGUEZ PRIETO, FERNANDO, “Poderes con facultades de autocontratación otorgados por los administradores de las sociedades mercantiles”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 53, junio, 2010, p. 286, que establece que “*En estos casos, si el administrador se encuentra en situación de conflicto de interés respecto a la sociedad, por ejemplo, si pretende venderle un bien propiedad de él mismo o de otra persona a la que él también represente, la autorización deberá obtenerse en principio del órgano soberano de la sociedad, la Junta general. Aunque caben otros supuestos: si se trata de la actuación de un consejero delegado, la autorización podrá darse por el Consejo de Administración, siempre que los miembros de éste, a su vez, no estén incurso en situación de conflicto de interés*”. Vid. también RODRÍGUEZ BOIX, R., “Resolución de 2 de diciembre de 1998”, *La Notaría*, nº 1/1999.

administración, al mismo; y en el caso de ser administrador único a la junta general⁵⁴; abarcando a situaciones de conflicto de intereses directo e indirecto y a las situaciones de conflicto de intereses por la participación de personas vinculadas. La norma equivalente que figuraba en la Propuesta de Código Mercantil de 2013 (vid. art. 215-11.1 *in fine*) era más completa, ya que especificaba la obligación, determinando, acertadamente, que la comunicación había de producirse en tiempo oportuno, indicando las circunstancias relevantes⁵⁵; la eliminación de estas especificaciones en el texto del Anteproyecto de Código Mercantil no tiene sentido, atendiendo a que era correcta la delimitación porque cuando se incorpora el contenido necesario en la comunicación se informa completamente, permitiéndose con ello tomar correctamente la decisión de autorizar; de igual modo, cuando se hace a tiempo se produce el cumplimiento adecuado, aunque no eliminamos la posibilidad, que veremos a continuación, de autorizar tras el autocontrato, ratificando el negocio jurídico.

Acertadamente el Anteproyecto de Código Mercantil disciplina expresamente la autorización de ciertas operaciones (art. 215-12.2), entre las que se encuentra la posibilidad de autorización del autocontrato entre el administrador beneficiado y la sociedad representada por ese mismo administrador beneficiado. Y utiliza criterios ciertamente novedosos para determinar qué órgano es el competente para autorizar; así, si el autocontrato supone la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros o se trata de una transacción con un valor superior al 10% de los activos sociales será siempre competente la junta general y recoge al lado una norma que figuraba en la LSC en la versión anterior a la modificación producida por la Ley 31/2014, se trata de una norma específica para las sociedades de responsabilidad limitada: cuando la autorización del autocontrato implique asistencia financiera (incluyendo garantías de la sociedad a favor del administrador beneficiado) o la prestación de servicios u obra a la sociedad, ha de darse la autorización también por la junta general.

En los demás supuestos de autocontratación administrador beneficiado-sociedad representada por el administrador beneficiado posibilita que la autorización la dé el órgano de administración, poniendo eso sí varias condiciones: primero, que quede garantizada la independencia de los miembros que concedan la autorización respecto del administrador beneficiado, intentando evitar con ello la influencia indebida del administrador beneficiado en los demás administradores; segundo, tiene que garantizarse la inocuidad de la operación para el patrimonio social o realizarse, en su caso, la operación en condiciones de mercado y velando por la transparencia del proceso.

El Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, recomienda para las sociedades cotizadas que el consejo de administración se reserve la competencia para autorizar las operaciones entre la sociedad y los consejeros (y los accionistas significativos o representados en el consejo de administración), o con personas

⁵⁴ Vid. GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO, “Disposiciones generales sobre las sociedades mercantiles”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Coordinador), *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014, p. 165.

⁵⁵ También tenía que abstener el administrador beneficiado de participar en los acuerdos o decisiones que afectasen al conflicto de intereses. Y había de figurar como información en la memoria de la sociedad.

vinculadas con ellos (operaciones vinculadas); eximiendo de la obligación de autorización a las operaciones vinculadas cuando se den a la vez tres requisitos, que son: que se lleven a cabo a través de contratos en los que las condiciones se encuentren estandarizadas y sean aplicados en masa a muchos clientes; que se entablen con precios o tarifas fijados con carácter general por quien actúe como suministrador del bien o servicio de que se trate y que su importe no sea superior al 1% de los ingresos anuales de la sociedad; es decir, estos casos quedarían excluidos por no tener un trato especial, se opera con condiciones generales y con precios o tarifas estándar, y no tienen una elevada importancia económica para la sociedad; norma que se plasma, al menos parcialmente, en el art. 215-11.1 a) del Anteproyecto de Código Mercantil. También recomienda el Código Unificado de Buen Gobierno, versión de 2013, que cuando las operaciones vinculadas hayan de aprobarse por el consejo de administración se haga previo informe favorable del comité de auditoría (o del que tuviera atribuida tal función) y que los consejeros afectados no ejerzan ni deleguen su derecho de voto y tampoco utilicen su derecho de asistencia al consejo de administración; norma que no se ha incorporado en el Anteproyecto de Código Mercantil. La reserva, cuando sea necesaria la autorización, a favor del consejo de administración puede deberse a que se quiere evitar que los socios mayoritarios a través de la junta general (si fuera la competente para autorizar) controlen las situaciones de autocontratación con los consejeros.

En el Derecho británico, en la *Companies Act 2006* [Sección 177(1) y Sección 177(2)], se instaure, dentro de los *fiduciary duties* de los administradores, la obligación de los administradores que pudieran estar⁵⁶ en una situación de conflicto de intereses⁵⁷ con la sociedad en la que operan como tal, y en particular lo están cuando realizan transacciones por cuenta propia con la sociedad (de forma directa o indirecta)⁵⁸, de comunicarlo (a los otros administradores)⁵⁹. Han de comunicar la naturaleza y

⁵⁶ Vid. ASHRAF, T., "Directors' duties with a particular focus on the Companies...", op. cit., p. 130, que establece que se trata de uno de los deberes más obvios y propios del sentido común establecido antes de la codificación realizada mediante la *Companies Act 2006*, analizando la obligación de no incurrir en una situación de conflicto de intereses contemplada en la Sección 175 de la *Companies Act 2006* británica, que no es aplicable a la prohibición de autocontrato (negocio sociedad-administrador) bajo la Sección 177 del mismo cuerpo legal; en cumplimiento de la obligación consagrada en la Sección 175 de la *Companies Act 2006* británica, los administradores han de comunicar los casos en los que estén en situaciones de conflicto de intereses y los supuestos en los que pudieran estar en ellas. Como aclara HANNIGAN, B., *Company Law*, op. cit., p. 255, hay que diferenciar la Sección 177 de la *Companies Act 2006* del regulado en la Sección 182 de la misma norma, previsto este último para cuando el administrador tiene interés en una transacción existente ya; vid. FRENCH, D.; MAYSON, S. y CRISTOPHER, R., *Company Law*, op. cit., p. 501.

El texto de la primera parte de la Sección 182 de la *Companies Act 2006* es el que sigue:

"(1) *Where a director of a company is in any way, directly or indirectly, interested in a transaction or arrangement that has been entered into by the company, he must declare the nature and extent of the interest to the other directors in accordance with this section.*

"*This section does not apply if or to the extent that the interest has been declared under section 177 (duty to declare interest in proposed transaction or arrangement).*"

⁵⁷ La reforma realizada a través de la *Companies Act 2006* pretende clarificar las incertidumbres planteadas durante la vigencia de la *Companies Act 1985*. Vid. THE TRADE AND INDUSTRY DEPARTMENT, *Company Law Reform*, op. cit., p. 21.

⁵⁸ Vid. el análisis que realizan FRENCH, D.; MAYSON, S. y CRISTOPHER, R., *Company Law*, op. cit., 503-504 sobre las transacciones incluidas.

⁵⁹ La carga de la prueba del cumplimiento de tal comunicación es del propio administrador; en tal sentido, HANNIGAN, BRENDA, *Company Law*, 3ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 256. También entiende

alcance⁶⁰; contemplándose en la Sección 177(5) y en la Sección 177(6)⁶¹ de la *Companies Act* 2006 algunos supuestos excluidos de tal obligación. Se trata de una norma de conflicto de intereses específica para los negocios entre la sociedad y el administrador, ya que no es aplicable la Sección 175(3) del mismo cuerpo legal, que establece que las normas que disciplinan el deber de evitar los conflictos de intereses entre el administrador y la sociedad no regirán para los conflictos que consistan en las transacciones o acuerdos entre el administrador y la sociedad.

A pesar de no disciplinarse específicamente en el Anteproyecto de Código Mercantil, hay que entender que si no se da la autorización previa es posible la autorización posterior o ratificación del negocio jurídico objeto del autocontrato entre el administrador beneficiado y la sociedad⁶².

Sí existe contemplación expresa en el Derecho británico, en la *Companies Act* 2006, Sección 239, que regula específicamente y de forma extensa la posibilidad de ratificar la actuación de un administrador que incumple sus obligaciones⁶³.

(p. 255) que cuando se den las circunstancias se requiere también autorización por parte de los accionistas.

⁶⁰ La finalidad sería en su caso evitar la transacción, si la sociedad toma tal decisión. Vid. BIRDS, J.; BOYLE, A. J.; CLARK, B.; MACNEIL, I.; McCORMACK, G.; TWIGG-FLESNER, C. y VILLIERS, C., *Boyle & Birds, Company Law*, op. cit., p. 634.

⁶¹ “(5) *This section does not require a declaration of an interest of which the director is not aware or where the director is not aware of the transaction or arrangement in question.*

For this purpose a director is treated as being aware of matters of which he ought reasonably to be aware.

(6) *A director need not declare an interest—*

(a) *if it cannot reasonably be regarded as likely to give rise to a conflict of interest;*

(b) *if, or to the extent that, the other directors are already aware of it (and for this purpose the other directors are treated as aware of anything of which they ought reasonably to be aware); or*

(c) *if, or to the extent that, it concerns terms of his service contract that have been or are to be considered—*

(i) *by a meeting of the directors, or*

(ii) *by a committee of the directors appointed for the purpose under the company's constitution.”*

Vid. HANNIGAN, B., *Company Law*, op. cit., p. 255-256.

⁶² Vid. sobre los distintos efectos de la autorización previa y de la ratificación ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, op. cit., p. 1031-1033.

RODRÍGUEZ BOIX, R., “Resolución de 2 de diciembre de 1998”, op. cit., matiza que la ratificación no tiene efectos retroactivos frente a terceros, solamente los tiene *inter partes*.

⁶³ La norma establece lo siguiente:

“239 *Ratification of acts of directors*

(1) *This section applies to the ratification by a company of conduct by a director amounting to negligence, default, breach of duty or breach of trust in relation to the company.*

(2) *The decision of the company to ratify such conduct must be made by resolution of the members of the company.*

(3) *Where the resolution is proposed as a written resolution neither the director (if a member of the company) nor any member connected with him is an eligible member.*

(4) *Where the resolution is proposed at a meeting, it is passed only if the necessary majority is obtained disregarding votes in favour of the resolution by the director (if a member of the company) and any member connected with him.*

This does not prevent the director or any such member from attending, being counted towards the quorum and taking part in the proceedings at any meeting at which the decision is considered.

(5) *For the purposes of this section—*

(a) *“conduct” includes acts and omissions;*

(b) *“director” includes a former director;*

El cuórum necesario para aprobar la autocontratación por la junta general (cuando sea la competente para ello) será el propio de los asuntos ordinarios, salvo que se estableciese pacto en contrario en los estatutos sociales y salvo que el autocontrato se refiera a asuntos que requieran cuórum y mayoría reforzados⁶⁴.

Por lo que respecta a la mayoría requerida para adoptar acuerdos el régimen será el fijado para cada tipo de sociedad mercantil en el Anteproyecto de Código Mercantil.

En todo caso, el administrador afectado ha de abstenerse de intervenir en los acuerdos o decisiones sobre la operación a la que se refiera la situación de conflicto de intereses⁶⁵. Régimen jurídico que será aplicable si el acuerdo o decisión objeto de autorización se tiene que tomar en la junta general (en este supuesto además de administrador único debería ser socio si se trata de ejercitar su derecho de voto en la misma), así lo establece el art. 231-68.1 e) del Anteproyecto de Código Mercantil para las sociedades de capital, por el consejo de administración o por el resto de los miembros del órgano de administración que se requieran para la validez de dicha decisión cuando no estén organizados en forma de consejo de administración⁶⁶.

(c) a shadow director is treated as a director; and
 (d) in section 252 (meaning of “connected person”), subsection (3) does not apply (exclusion of person who is himself a director).
 (6) Nothing in this section affects—
 (a) the validity of a decision taken by unanimous consent of the members of the company, or
 (b) any power of the directors to agree not to sue, or to settle or release a claim made by them on behalf of the company.
 (7) This section does not affect any other enactment or rule of law imposing additional requirements for valid ratification or any rule of law as to acts that are incapable of being ratified by the company.”

Vid. ASHRAF, T., “Directors’ duties with a particular focus on the Companies...”, op. cit., p. 131.

⁶⁴ En tal sentido ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, op. cit., p. 1029 y PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit.

⁶⁵ Vid. RAMOS HERRANZ, I., *Sociedades anónimas deportivas. Régimen jurídico actual*, Madrid, Reus, 2012, p. 95-96; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de Sociedades*, op. cit., epígrafe VII.II del formato electrónico, base de datos Tirant on Line.

⁶⁶ Tras la LSC ya no está vigente el antiguo art. 114 de la LMV, que regulaba específicamente los deberes de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas y establecía lo siguiente:

“Artículo 114 Deberes de los administradores

1. En el caso de que los administradores de una sociedad anónima cotizada, u otra persona, hubieran formulado solicitud pública de representación, el administrador que la obtenga no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto de las siguientes decisiones:

- a) Su nombramiento o ratificación como administrador.
- b) Su destitución, separación o cese como administrador.
- c) El ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él.
- d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta.

La delegación podrá también incluir aquellos puntos que, aun no previstos en el orden del día de la convocatoria, sean tratados, por así permitirlo la ley, en la junta, aplicándose también en estos casos lo previsto en el párrafo anterior.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 35 de esta ley, en la memoria de la sociedad se deberá informar sobre las operaciones de los administradores, o persona que actúe por cuenta de éstos, realizadas, durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales, con la citada sociedad cotizada o con una sociedad del mismo grupo, cuando las operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado.

Esa obligación de abstención alcanzaría, al menos, a ejercitar su derecho de voto o dar su consentimiento a la decisión; y habría de restarse su porcentaje de participación en el capital social a la hora de fijar la mayoría necesaria para adoptar el acuerdo en junta general. Pudiendo extenderse a su derecho de asistencia a la junta general o al consejo de administración, respectivamente, y a estar presente cuando decidan los otros administradores si no existe consejo de administración en la sociedad afectada.

Finalmente, hemos de precisar que tales circunstancias de conflicto de intereses [el autocontrato prohibido en el art. 215-11.1 b) de la LSC], como las demás, figurarán en la memoria.

6.2. Contenido de la comunicación y de la autorización

Erróneamente el Anteproyecto de Código Mercantil no regula expresamente de forma completa, lo hace solo tangencialmente, ni el contenido de la comunicación ni el de la autorización, respectivamente, ante una situación de conflicto de intereses. La comunicación tiene que ser concreta (para cada negocio que suponga un acto de autocontratación), y en este punto sí hay disciplina por parte del Anteproyecto de Código Mercantil⁶⁷; completa (señalando los extremos relevantes del negocio a autorizar, debido a que, solamente cuando el órgano competente para autorizar conozca el negocio y tenga la información adecuada, podrá decidir correctamente) y en tiempo oportuno (para evitar que se produzcan consecuencias ante el incumplimiento de la prohibición relativa de autocontratación). La autorización ha de concretar el negocio autorizado (precisamente esta es la causa principal por la que sería rechazable la autorización general, que analizamos seguidamente), ser tempestiva (tiene que mediar un tiempo razonable entre la comunicación y la decisión del órgano correspondiente para no paralizar el tráfico) y basarse en el interés social (como señalamos más adelante).

Tendría que regularse más detalladamente en el futuro Código Mercantil, incluyendo los extremos que he determinado en las líneas inmediatamente anteriores, tanto para la comunicación como para la autorización.

Por ello resulta un poco más adecuada, aunque no completa, la Propuesta de Código Mercantil, de 2013, art. 215.11, que al disciplinar el conflicto de intereses, especifica la obligación del administrador que se encuentra en esta situación y determina que la comunicación ha de producirse en tiempo oportuno, señalando las circunstancias relevantes.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el título VII de esta ley, los administradores deberán abstenerse de realizar, o de sugerir su realización a cualquier persona, una operación sobre valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas sobre las que disponga, por razón de su cargo, de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente.”

Vid. sobre los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas y sobre esta norma derogada DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 193-198.

⁶⁷ En concreto, en el art. 215-12.2, al regular el régimen de imperatividad y dispensa, establece que las dispensas han de ser para casos singulares; no siendo válidas entonces autorizaciones generales de autocontratación.

La decisión ha de someterse al interés social⁶⁸. De modo que es posible que algunos negocios que vayan en contra de la prohibición relativa de autocontratación favorezcan al administrador beneficiado pero supongan a la vez ventajas para el interés social, y por ello hayan de ser autorizados.

6.3. Autorización general al administrador para autocontratar

Abordamos a continuación la posibilidad de que la autorización sea general, es decir, que se adopte un acuerdo o decisión de admitir en general la autocontratación por parte de los administradores.

El art. antiguo 229 de la LSC (antes de la modificación que tiene lugar con la Ley 31/2014) se refería a la obligación de comunicación al y autorización por el órgano correspondiente ante una situación de conflicto de intereses por cada supuesto en que haya autocontratación, aunque no lo dijera expresamente⁶⁹. Realmente si se adopta un acuerdo en la junta general por el que se atribuya la facultad general de autocontratar al administrador afectado han de modificarse los estatutos sociales para incorporar esta nueva facultad del órgano de administración y, como veremos más adelante (concretamente en el epígrafe siguiente), estamos ante una situación igual a aquella en la que desde el comienzo de la vida de la sociedad hubiera una cláusula en los estatutos que autorizara al administrador a autocontratar en general, situación determinada como ilícita por la DGRN (RDGRN de 27 de febrero de 2003; la RDGRN de 18 de julio de 2006⁷⁰ establece que el administrador únicamente está habilitado para autocontratar válida y eficazmente si cuenta con autorización del órgano social que corresponda o cuando no se da el conflicto de intereses atendiendo al propio negocio jurídico.

La doctrina ha utilizado como argumento en contra de una autorización general de supuestos en los que concurre conflicto de intereses que ello iría en contra de los deberes de fidelidad contenidos en los antiguos arts. 225 y 226 de la LSC (ante de la modificación realizada por la Ley 31/2014); se produciría la vulneración del deber de cuidado, porque aprobar y consentir conductas que producen un riesgo de lesión para la sociedad implica incumplimiento de los deberes de atención, prudencia y vigilancia requeridos a un administrador⁷¹.

⁶⁸ Vid. RIBAS FERRER, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1624 y RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital", *RdS*, enero-junio, 2012, p. 121

⁶⁹ En el mismo sentido, RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores...", op. cit., p. 1624, que estima que las autorizaciones han de tener, como regla general, carácter individualizado y expreso; y tienen que referirse a casos concretos y determinados por las circunstancias y por las contrapartidas que traen su causa en el acto o negocio interesado.

⁷⁰ BOE nº 203, de 25 de agosto de 2006.

⁷¹ Vid. RIBAS FERRER, V., "Deberes de los administradores...", op. cit., p. 120-121. Concreta más el autor y determina que se va en contra del deber de lealtad si se fija una regla contraria al principio de prohibición de actuar en conflicto; ejemplifica señalando que si existe un acuerdo que reza "*se autorizan los conflictos de intereses entre los administradores y la sociedad*" se estaría estableciendo una norma societaria interna contraria al contenido prohibido esencial del deber de lealtad; matizando que en estos casos es necesario estudiar los términos de las declaraciones con profundidad, debido a que supuestos extremos como el precitado suponen una infracción de un deber que se encuentra legalmente establecido, y que implica la nulidad del acuerdo (basándose en el art. 204 de la LSC).

No obstante, la conocida RDGRN de 3 de diciembre de 2004 establece que el TS, la doctrina científica y la de la DGRN (aludiendo a la RDGRN de 15 de junio de 2004), tratando la actuación de los apoderados, y en los supuestos de representación voluntaria, estiman que debe admitirse la autocontratación siempre que el apoderado esté autorizado expresamente para autocontratar, pese a que la autorización sea genérica, sin que sea necesario que estemos ante un poder concreto para un acto determinado; por lo que la DGRN en esta resolución determina que no existen razones para llegar a la conclusión de que en el caso de la representación orgánica, en el que la junta especifica o aclara que el poder del administrador único incorpora la autocontratación, no deba adoptarse la misma línea.

3-El legislador español ha optado ya en el Anteproyecto de Ley (art. 215-12.2), como hemos avanzado previamente, por exigir que las autorizaciones sean singulares, no admitiendo con ello autorizaciones generales, en nuestro caso de autocontratos entre el administrador beneficiado y la sociedad que él representa.

7. LA POSIBLE ATRIBUCIÓN EN LOS ESTATUTOS FUNDACIONALES DE LA FACULTAD DE AUTOCONTRATACIÓN AL ADMINISTRADOR [AUTORIZANDO *AB INITIO* LA ACTUACIÓN PROHIBIDA EN EL ART. 215-11.1 B) DEL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL]

Partimos de la base de que la actuación contraria a la prohibición del art. 215-11. 1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil puede ser autorizada por el órgano social que corresponda dependiendo del caso. Se requiere en consecuencia la autorización para que la actuación del administrador sea lícita. Como hemos señalado en el epígrafe precedente.

Ahora planteamos si es posible que el administrador sea autorizado en la escritura de constitución para autocontratar. La conclusión ha de ser que cláusulas de este tipo no tendrían cabida, puesto que ha de darse la autorización por parte del órgano social correspondiente. En este sentido se pronuncia la DGRN; la RDGRN de 27 de febrero de 2003, analizando un supuesto en el que la sociedad contaba con un administrador único, que se atribuye a sí mismo un conjunto de facultades (entre las que se ubicaba la de autocontratación), determina, primero, que el administrador único no puede por sí mismo realizar tal atribución y, segundo, que no es admisible, como ocurría en el caso, conceder la posibilidad de autocontratación cuando como administrador carece de dicha facultad. Pronunciamiento seguido por la RDGRN de 18 de julio de 2006⁷², en la que se dice que el administrador solamente puede autocontratar, de forma válida y eficaz, cuando tenga autorización por el órgano social competente (en este caso era la junta general) o si del propio negocio se deduce la inexistencia de contraposición de intereses.

ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia...", op. cit., p. 1029, establece que la doctrina mayoritaria se muestra en contra de admitir las autorizaciones generales en los casos de autocontratación societaria.

⁷² BOE nº 203, de 25 de agosto de 2006.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil además clarifica en el art. 215-12.1 que la disciplina de los deberes de lealtad de los administradores constituye un bloque imperativo; por lo tanto, al establecer que la autorización de supuestos como la autocontratación ha de ser singular, prohíbe cualquier pacto estatutario en contra.

Aquí debemos volver a aludir al caso en el que la junta general atribuya la facultad de autocontratar en general, sin autorizar en cada caso concreto, y así tendrían que modificarse los estatutos fundacionales, atribuyendo esta nueva competencia al órgano de administración. Hay que llegar a la misma conclusión: el sistema del Anteproyecto de Código Mercantil (art. 215-12.2) y el actual contenido en la LSC (art. 230.2), en ambos casos expresamente, al igual que el previo contenido en la LSC antes de la modificación por la Ley 31/2014 (aquí de forma no expresa), están y estaban previstos para que se comunique y autorice en cada caso por la junta general o por el órgano de administración.

8. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE ESTE DEBER DE LOS ADMINISTRADORES

8.1. Incumplimiento. Compatibilidad de la ineficacia del negocio jurídico y el ejercicio de acciones de responsabilidad contra el administrador infractor

El incumplimiento se da en casos en los que los administradores autocontratan sin tener la autorización preceptiva, porque no la piden, porque la solicitan al órgano societario equivocado (y se la otorga) o porque pedida al órgano competente es denegada. Y también si no respetan los términos de la autorización; si hay una autorización general para autocontratar o llevar a cabo actividades que impliquen un conflicto de intereses por parte del órgano competente de la sociedad o se autoriza a los administradores *ab initio* en los estatutos para autocontratar o para realizar actividades que supongan un conflicto de intereses.

A continuación vemos que se podría producir la ineficacia del negocio que plasma el incumplimiento por parte del administrador y ejercitarse acciones de responsabilidad contra el administrador infractor. Y que son compatibles.

El Anteproyecto de Código Mercantil ayuda a la correcta estructuración de las consecuencias del incumplimiento por parte de los administradores de la prohibición relativa de autocontratación al aludir expresamente a la ineficacia de las actuaciones de los administradores cuando van en contra del deber de lealtad [y dentro de las obligaciones propias de este deber estaría la contemplada en art. 215-11.1 b) del mismo cuerpo legal, es decir, la prohibición de autocontratación que pesa sobre los administradores de sociedades mercantiles] y la compatibilidad con la acción social de responsabilidad contra los administradores. En concreto, su art. 215-18.2 determina que el ejercicio de la acción social de responsabilidad no será obstáculo para ejercitar acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y anulación de los actos y contratos llevados a cabo por los administradores que supongan una violación del deber

de lealtad; norma reflejada también en el texto del actual art. 232 de la LSC tras la modificación por la Ley 31/2014.

8.2. Ineficacia del negocio jurídico realizado por el administrador

En cuanto a la eficacia del negocio estipulado incumpliendo las normas para que la autocontratación sea válida, hay que enfocarlo desde el punto de vista de si un acto de autocontratación no autorizado va en contra del objeto social, en cuyo caso no habría vinculación de la sociedad, ni eficacia frente a terceros⁷³. La conclusión ha de ser que el autocontrato de por sí podría no ser contrario al objeto social pero el negocio realizado sí; además, dentro de los actos contrarios al objeto social se encontrarían los genuinamente contrarios al objeto social y dentro de los mismos los que exceden de las competencias atribuidas por el objeto social (de las competencias legales de los administradores); por lo que en tales casos cabría la falta de eficacia (*inter partes* y frente a terceros) del contrato o negocio jurídico entablado entre la sociedad de capital representada por el administrador beneficiado y el propio administrador beneficiado.

Estas conclusiones cabe extraerlas, al menos parcialmente, de la RDGRN de 13 de febrero de 2012⁷⁴:

En sede de representación orgánica (cfr. artículos 63 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada y 129 de del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; actualmente 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, «la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social...»), el legislador español, al hacer el proceso de adaptación a las Directivas de la CEE en materia de sociedades, optó claramente por un modelo distinto del que se sigue en materia de representación voluntaria en el Código Civil (cfr. artículo 1713 del Código civil y concordantes), y en relación con el cual la doctrina consolidada de las Resoluciones de esta Dirección General es clara: el poder de representación del órgano de administración de una sociedad de capital abarca todo tipo de operaciones económicas y actuaciones jurídicas siempre que se encuentren comprendidas en su objeto social (cfr. artículo 234.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio). La legitimación representativa del órgano de administración se proyecta sobre toda clase de actos, y el ámbito o extensión propio de la esfera de representación orgánica viene marcado, no tanto por la naturaleza del acto o negocio jurídico en sí mismo –considerado aisladamente– que realice la administración social (ya que, en principio comprende todo tipo de acto o negocio jurídico, ya sean de administración, gravamen o disposición), sino por un elemento externo a éste, como es su relación con el giro o tráfico propio de la sociedad.

La delimitación del objeto social define el contenido mínimo, pero también máximo, del ámbito de las facultades representativas del órgano gestor, y aun cuando es cierta la dificultad de determinar a priori si un acto concreto trasciende o no a ese ámbito, en todo caso quedan excluidas aquellas actuaciones claramente contrarias al objeto social, esto es, las contradictorias o denegatorias de dicho objeto (cfr. Resoluciones de 11 de noviembre de 1991, 22 y 26 de junio de 1992, 3 de octubre de 1994, 25 de abril de 1997, 17 de noviembre de 1998, 10 de mayo de

⁷³ Vid en tal sentido PÉREZ RAMOS, C., “El autocontrato...”, op. cit.

A la misma conclusión se llega, por aplicación del art. 1727.2 del C.c, que establece que cuando el mandatario se haya excedido de sus competencias el mandante no queda obligado, salvo que ratifique la actuación expresa o tácitamente. Vid. ESTRUCH ESTRUCH, J., “Eficacia e ineficacia...”, op. cit., p. 1040.

⁷⁴ BOE nº 58, de 8 de marzo de 2012.

1999 y 16 de marzo de 2009, entre otras). En la Resolución de 11 de noviembre de 1991 se consideran incluidos en el poder de representación de los administradores: 1) los actos de desarrollo o ejecución del objeto, sea de forma directa o indirecta; 2) los actos complementarios o auxiliares para ello; 3) los actos neutros o polivalentes; y 4) los actos aparentemente no conectados con el objeto social. Dentro de los actos contrarios al objeto social se encuentran los genuinamente contrarios y los actos no tanto contrarios al objeto, sino que exceden de la competencia legal de los administradores. No puede olvidarse, en este contexto, que para la jurisprudencia del Tribunal Supremo las excepciones a las normas legales sobre limitación de responsabilidad (de la sociedad en tanto que obligada por el acto realizado por el órgano de administración) han de ser excepcionales.

8.3. Acciones civiles de responsabilidad contra el órgano de administración y contra las personas que tengan funciones de la más alta dirección

La sociedad, los socios o los acreedores podrán entablar, además, acciones de responsabilidad contra los administradores infractores del deber establecido en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, por aplicación del art. 215-14.1 del Anteproyecto de Código Mercantil, ya que el texto es claro al permitir dichas acciones si los administradores incumplen sus deberes, mediando dolo o culpa. La exigencia expresa en una norma de Derecho Positivo de dolo o culpa del administrador es una novedad del Anteproyecto de Código Mercantil.

El art. 215-14.3 del Anteproyecto de Código Mercantil matiza que en ningún caso quedará exonerado de responsabilidad el administrador si el acto o acuerdo lesivo se adopta, autoriza o ratifica en la junta general, como se ha venido haciendo tradicionalmente en el Derecho de Sociedades, y en el de capital particularmente.

La responsabilidad de los miembros del órgano de administración es de carácter solidario, de modo que, como regla general, ante el incumplimiento de la prohibición consagrada en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, serán responsables todos los administradores en el caso de que haya una pluralidad de ellos. Para exonerarse de su responsabilidad, los administradores que no realizaron el acto u omisión deberán probar que no han intervenido en la adopción o ejecución, que desconocían su existencia o que, pese a conocerla, realizaron todo lo adecuado para evitar el daño o, por lo menos, hubo oposición expresa por su parte.

Además, alcanza tanto a los administradores de hecho como a los de Derecho. Y también a las personas que tengan funciones de la más alta dirección⁷⁵ (con independencia de la denominación que se dé al cargo); para ello es preciso que no concurra delegación permanente de la facultades del consejo de administración, si lo hubiera, en uno o varios consejeros delegados.

De acuerdo con el Derecho Positivo vigente y de momento solamente para las sociedades de capital, se podrá exigir el pago del daño (emergente) que sufre la sociedad⁷⁶ (en la acción social) o los socios o terceros (en la acción individual), el lucro

⁷⁵ Sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la sociedad contra ellas de acuerdo con la relación jurídica que las una.

⁷⁶ No obstante, establece DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 169, que es muy difícil que en el supuesto analizado (en este caso se estudia el equivalente del art. 227 de la LSC en la LSA, es decir, el art. 127 *ter*) se produzca un daño en el patrimonio social; de manera que, a juicio del

cesante⁷⁷ y además, como novedad, solicitar la devolución del enriquecimiento injusto obtenido con la violación de la prohibición de autocontratación. Nos referimos al Derecho Positivo vigente debido a que la LSC modificada por la Ley 31/2014 lo permite para las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones. El Derecho proyectado para todas las sociedades mercantiles, es decir, el Anteproyecto de Código Mercantil (215-18.1), incluye esta misma norma haciéndose eco, como lo ha hecho la LSC, de la necesidad de frenar el incumplimiento por parte de los administradores a través de la obligación de devolución de las cantidades que se han embolsado ilícitamente.

Es un presupuesto básico la prueba del precitado daño emergente⁷⁸ y del lucro cesante por quien lo alega al ejercitar la acción de responsabilidad contra los administradores, social o individual, junto con el nexo causal, y la culpa o negligencia o dolo⁷⁹ (que también correspondería a quien ejercita la acción de responsabilidad contra los administradores correspondientes).

El Estudio sobre Propuestas de Modificaciones Normativas, antecedente de las modificaciones introducidas en la LSC por la Ley 31/2014, pretende mejorar el régimen de los deberes de los administradores también en el plano sancionatorio, por ello en el proyectado art. 227.2 establece claramente que ante un incumplimiento del deber de lealtad el administrador no solamente ha de indemnizar el daño en el patrimonio social sino que también tiene que devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto que haya obtenido dicho administrador. Como no podía ser de otra manera la misma norma pasa al Anteproyecto de Código Mercantil; pero la regulación en tal supuesto se ubica aparte, en la Sección 3ª (del capítulo V), dedicada a la responsabilidad de los administradores, en particular en el art. 215-18 (acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad), que determina que la infracción del deber de lealtad no solamente implicará la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social sino también la de devolver a la sociedad en enriquecimiento que haya obtenido el administrador. De este modo se recoge la postura de la doctrina al respecto, que alude a la obligación de devolver a la sociedad los beneficios obtenidos a través de la conducta infractora⁸⁰.

Las acciones podrán ser sociales e individuales, respectivamente.

En el primer caso, para la acción social, la legitimación la tiene la sociedad, desapareciendo como novedad en el Anteproyecto de Ley la legitimación subsidiaria de los acreedores, ya que se entiende que estos podrán operar en el plano concursal.

En las sociedades de capital es preciso el acuerdo de la junta general para entablar la acción social de responsabilidad; la convocatoria de la junta podrá ser solicitada por cualquier socio y no se requiere que el asunto conste en el orden del día, y

autor, no se generaría responsabilidad del administrador aunque utilizara el nombre de la sociedad o invocase la condición de administrador para llevar a cabo operaciones propias o de personas vinculadas con él.

⁷⁷ Vid. el estudio de la determinación del lucro cesante realizada por DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 238-239.

⁷⁸ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 211.

⁷⁹ El art. 215-14 2) del Anteproyecto de Código Mercantil establece una presunción *iuris tantum* de culpa en los actos contrarios a la ley o los estatutos, no así en la infracción que nos ocupa (actos contrarios a los deberes inherentes a la condición de administrador).

⁸⁰ RIBAS, V., "Art. 227. Prohibición de utilizar...", op. cit., p. 1629.

la mayoría requerirá es la propia para los asuntos ordinarios (no puede pactarse en contra en los estatutos). Es importante destacar que si se decide entablar una acción de este tipo se producirá el cese del/de los administrador/es afectado/s, ya que el hecho de entablar una acción social de responsabilidad contra un administrador implica la pérdida de la confianza depositada en el administrador afectado⁸¹.

El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en ese intento constante del *corporate governance* de velar por la posición de los socios minoritarios, regula un régimen protector en cuando al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Así, el art. 215-17⁸² de dicho cuerpo legal legitima a los socios, ya lo hagan de forma individual o conjunta (podrían sindicar su derecho de voto), para entablar una acción social de responsabilidad, primero, si los administradores no convocaran la junta general cuando haya sido solicitada para el ejercicio de tal acción, segundo, si la sociedad, pese a haberse adoptado el acuerdo a favor de entablar la acción social de responsabilidad contra el/los administrador/es no lo hiciera en el plazo de un mes (que se computará desde la fecha de adopción del referido acuerdo) y, en tercero, cuando se haya adoptado un acuerdo contrario al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Pero la protección va más allá porque les habilita para ejercitar directamente la acción social de responsabilidad precisamente para los supuestos en los que ha habido incumplimiento de los deberes de lealtad, entre los que se encuentra, como ya sabemos, la prohibición relativa de autocontratación del administrador beneficiado con la sociedad que representa (y que es objeto de este capítulo).

La acción individual puede entablararse tanto por los socios como por los terceros que vean que los actos u omisiones de los administradores lesionan directamente sus intereses. Se trata de una acción indemnizatoria. Y es un modo de evitar que los socios mayoritarios vinculados con los administradores impidan la exigencia de responsabilidad a través de la junta general⁸³ (p.e votando en contra de un acuerdo de acción social de responsabilidad contra el o los administrador/es).

No debemos olvidar que la realidad muestra la falta de éxito de uno de los núcleos del *corporate governance*, y nos referimos a que los socios minoritarios no asisten a ni votan (porque no lo desean) en las juntas generales de grandes sociedades anónimas cotizadas y con ello no tienen un auténtico poder para controlar la actuación de los administradores, ni preventivo ni después del incumplimiento (entablando con éxito una acción social o individual de responsabilidad)⁸⁴; o no acuden ni votan debido a que carecen de peso accionarial en las juntas generales⁸⁵. Tampoco ejercitan otros derechos políticos, como el de información, o carecen de conocimientos para entender

⁸¹ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 317.

⁸² Vid. GARCÍA-CRUCES, J. A., "Disposiciones generales...", op. cit., p. 167.

⁸³ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, p. 236.

⁸⁴ Vid. en similar sentido PAZ-ARES, *Responsabilidad de los administradores y gobierno...*, op.cit., p. 53, que señala que en el caso de las sociedades cotizadas estas barreras siempre o casi siempre son infranqueables.

⁸⁵ Por ello el legislador español en el Anteproyecto de Código Mercantil intenta evitar situaciones de este tipo con la norma contemplada en el art. 215-16.4, que, ante la posibilidad de que la junta general transija o renuncie al ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores (y que puede responder claramente a la vinculación de los socios de control con los administradores), establece que en las sociedades de capital los acuerdos de tal naturaleza no podrían tomarse si se opone la minoría.

por sí mismos los documentos societarios⁸⁶, y no tienen ni interés ni financiación para ser asesorados y comprender el contenido de los documentos. La dejación (derivada de la mera finalidad inversora en la gran mayoría de los casos) de los pequeños accionistas lleva a que no ejerciten sus derechos políticos; les basta con recibir los dividendos y observar las fluctuaciones en el valor de sus acciones en bolsa, lo demás sobra⁸⁷; por ello, normalmente tampoco sindicarán el voto.

9. CONCLUSIONES

Los deberes de los administradores desde los inicios del *soft law* del *corporate governance* se amplian como un instrumento básico del mismo. La necesidad de plasmación legislativa ha pasado por seguir la línea de la norteamericana *Sarbanes-Oxley Act of 2002* dentro de la UE; en el caso de España como punto inicial a través de la Ley de Transparencia y sigue hoy en día con la intención del legislador de incorporar las recomendaciones de la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (hoy ya en la LSC tras la modificación operada por la Ley 31/2014) en el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014.

El texto del art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil, como ya lo hacía el antiguo art. 227 de la LSC, prohíbe a los administradores utilizar el nombre de la sociedad o la condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas, ya sea por cuenta propia o utilizando para ello personas vinculadas. El antiguo art. 227 de la LSC ha sido interpretado mayoritariamente por la doctrina como un caso en el que se da una prohibición (relativa) de autocontratación entre la sociedad de capital representada y el administrador beneficiado, que alcanzaría también a supuestos en los que el negocio con la sociedad se realiza indirectamente (p.e. mediante el cónyuge del administrador beneficiado o persona unida con similar relación de afectividad con el mismo).

Esta prohibición recae igualmente sobre los administradores de hecho y también sobre los cargos de la más alta dirección de la sociedad (siempre y cuando, habiendo consejo de administración, no haya delegación permanente de facultades en uno o varios consejeros delegados).

Estamos ante una prohibición relativa, atendiendo a que se permite la autorización (o ratificación); se trata de un supuesto en el que se da una situación de

⁸⁶ DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Deberes y responsabilidad...*, op. cit., p. 205.

⁸⁷ Como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo -un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas (Introducción, en la p. 3), se observa (como una de las deficiencias del gobierno corporativo) la falta de interés de los accionistas por responsabilidad a los directivos por sus decisiones, lo que se agrava debido a que los accionistas permanecen en la sociedad por un corto período de tiempo (uniéndolo con lo señalado por nosotros en el texto, es así porque les interesa casi exclusivamente recibir dividendos y si no los reciben casi siempre proceden a vender sus acciones, dejando la sociedad, sin importarles el ejercicio de sus derechos políticos). Precisamente este Plan de Acción de la UE pretende impulsar la participación de los accionistas y se está canalizando mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE.

conflicto de intereses entre el interés del administrador beneficiado y el interés social (el de la sociedad y el de los socios). Los administradores tienen la obligación de comunicación al órgano competente y es preciso que se dé la autorización para validar la operación en que consiste la autocontratación entre el administrador beneficiado y la sociedad representada por tal administrador. Precisamente ha sido objeto de controversia en nuestro ordenamiento jurídico quién es el órgano competente para autorizar la actuación del administrador cuando era interpretado el antiguo art. 227 de la LSC, sobre todo porque la DGRN erróneamente ha tendido a interpretar que sea siempre la junta general quien otorgue la autorización, obviando que el antiguo art. 227 de la LSC establecía que si había un administrador único efectivamente era la junta general la habilitada para autorizar la situación de conflicto de intereses (el autocontrato en nuestro caso); cuando había varios administradores eran competentes para autorizar los otros y habiendo consejo de administración el resto de los miembros del mismo.

La autorización ha de ser expresa para cada supuesto de autocontratación, no siendo válida una autorización general para autocontratar porque no se produciría el requerido control por el órgano competente, que ha vigilar si el negocio o acto va en contra del interés social; ese tiene que ser el punto esencial, el interés social, si la operación del administrador favorece tal interés ha de ser autorizada (aunque el administrador resulte también beneficiado). Será inválida la autorización general (del autocontrato o de los supuestos de conflicto de intereses) tanto si se da en el comienzo de la vida de la sociedad, reflejándose en los estatutos fundacionales, como si se produce posteriormente (lo que implicaría modificación estatutaria).

En los casos en los que el administrador contravenga la prohibición de autocontratar, bien porque no comunica la situación de conflicto de intereses, lo hace a quien no tiene competencia (y obtiene la autorización) o, haciéndolo a quien es competente, no obtiene autorización se producirá incumplimiento de la prohibición consagrada en el art. 215-11.1 b) del Anteproyecto de Código Mercantil.

Tal incumplimiento (que tendría lugar en otros casos además de los previamente señalados) determinará la posibilidad de solicitar la ineficacia del acto o negocio jurídico realizado por el administrador en contra de tal deber, al igual que la posibilidad de ejercitar una acción social o una acción individual de responsabilidad contra el administrador infractor. Interpretación doctrinal que acertadamente ha pasado al texto del art. 215.18 del Anteproyecto de Código Mercantil.

Uno de los importantes problemas, que intenta paliar el *corporate governance* pero no lo consigue, es la dejación de los pequeños inversores (accionistas minoritarios) de sus derechos políticos, particularmente los de asistencia a y voto en la junta general. Una de las consecuencias es que no instarán la convocatoria de la junta general para el ejercicio de acciones sociales de responsabilidad, ni tampoco ejercitarán acciones individuales de responsabilidad o sociales (en los supuestos permitidos), atendiendo a que su entrada en grandes sociedades anónimas cotizadas es solamente para obtener dividendos, si no los obtienen normalmente venderán sus acciones y con ello saldrán de la sociedad anónima cotizada. Problema detectado en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Plan de acción: Derecho de sociedades europeo y gobierno corporativo

-un marco jurídico moderno para una mayor participación de los accionistas y la viabilidad de las empresas y que se pretende solucionar mediante la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE de abril de 2014.

Es sin duda elogiable la regulación contenida en el Anteproyecto de Código Mercantil acerca de qué puede ser exigido a los administradores ante la infracción de un deber de lealtad (dentro del que se ubica el que es objeto de las presentes líneas) cuando se ejercita una acción de responsabilidad contra los mismos; dicho anteproyecto determina que la responsabilidad alcanza, además de al daño emergente y al lucro cesante, al beneficio injustamente obtenido con la conducta infractora de un deber de lealtad.